



GATE KEEPING E BENIGN BIG GUN NO CONTEXTO DA AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE E DO FUNDO SETORIAL AUDIOVISUAL - FSA.

Alexander Leonard Martins Kellner¹

Resumo:

Esse artigo tem como objeto central sustentar que uma transferência de poder de fogo fiscalizatório entre o Tribunal de Contas da União - TCU e a Agência Nacional do Cinema – ANCINE pode ampliar a *accountability* da agência. A ANCINE atualmente está sendo investigada pelo Tribunal de Contas da União – TCU, na Tomada de Contas - TC nº 040.341/2019-4. O referido procedimento constatou diversas deficiências na atuação fiscalizatória da ANCINE que serão exploradas no decorrer do artigo.

Palavras-chave:

Regulação; FSA; Accountability; Big Gun; fomento público

¹ Doutorando e Mestre em Direito Regulatório pela Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio. Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Professor de Direito Administrativo, Pesquisador e Advogado.



GATE KEEPING AND BENIGN BIG GUN IN THE CONTEXT OF THE NATIONAL AGENCY OF CINEMA - ANCINE AND THE AUDIOVISUAL SECTOR FUND - FSA.

Alexander Leonard Martins Kellner²

Abstract:

This article has as its central object to maintain that a transfer of supervisory firepower between the Federal Audit Court - TCU and the National Film Agency - ANCINE can increase the agency's accountability. ANCINE is currently being investigated by the Federal Court of Accounts - TCU, in the Taking of Accounts - TC No. 040.341 / 2019-4. This procedure found several deficiencies in ANCINE's inspection activities that will be explored throughout the article.

Keywords:

Regulation; FSA; Accountability; Big Gun; Public Funding

² PhD student and Master in Regulatory Law from Fundação Getúlio Vargas - Law Rio. Specialist in Law at the School of the Judiciary of the State of Rio de Janeiro - EMERJ. Professor of Administrative Law, Researcher and Lawyer.

INTRODUÇÃO

Esse artigo tem como objeto central sustentar que uma transferência de poder de fogo fiscalizatório entre o Tribunal de Contas da União - TCU e a Agência Nacional do Cinema – ANCINE pode ampliar a *accountability* da agência. A ANCINE atualmente está sendo invstigada pelo Tribunal de Contas da União – TCU, na Tomada de Contas - TC nº 040.341/2019-4³. O referido procedimento constatou diversas deficiências na atuação fiscalizatória da ANCINE que serão exploradas no decorrer do artigo.

A hipótese do trabalho é que o Fundo Setorial Audiovisual – FSA, gerido pela ANCINE, fomenta uma quantidade muito grande de projetos, além da capacidade fiscalizatória da agência. Se espera confirmar a hipótese com base nos relatórios de gestão do FSA disponibilizados no próprio sítio virtual da agência. Uma possível pergunta que respondida afirmativamente confirma a hipótese do artigo pode ser formulada no seguinte sentido: Será que é pequena a porcentagem de obras efetivamente finalizadas, lançadas comercialmente e responsáveis por gerar resultados monetários ao FSA?

Em caso de confirmação da hipótese, o artigo busca sustentar que a Agência Nacional do Cinema – ANCINE deve priorizar uma estratégia regulatória de *Gate Keeper* (CARPENTER, 2010, p. 1)⁴ em sua atuação como secretaria executiva do Fundo Setorial Audiovisual - FSA, mecanismo de fomento direto implementado pela Lei nº 11.437/2006 e regulamentado pelo Decreto nº 6.299 de 12 de dezembro de 2007.

A referida estratégia de *Gate Keeper* pode ser combinada com a ideia de *Benign Big Gun* (AIRES, BRAITHWAITE, p. 1992, p. 19) que possui a atratividade de gerar

³ Disponível em:

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F7295BABB01729997D2F5571C&inline=1>. Acesso em: 24/07/2020.

⁴ Ver o seguinte trecho: “No new drug can be legally marketed in the United States unless the Administration has explicitly declared it “safe and effective” for its intended uses. This authority renders the FDA the gatekeeper of the American pharmaceutical marketplace, and it sustains a battery of vast powers.”



compliance(BLACK, 1996, p. 24) dos regulados e diminuir custos de fiscalização por parte da agência.

Nesse sentido, a noção de *Gate Keeper* é baseada em uma boa reputação do regulador perante uma determinada audiência. “Uma audiência é qualquer indivíduo ou coletivo que observa uma organização reguladora e pode julgá-la.” (CARPENTER, 2010, p. 33)

Daniel Carpenter considera que tal audiência molda a regulação de modo a fortalecer ou enfraquecer o regulador: “Audiências como legislaturas podem conceder autoridade ao regulador. Públicos como empresas e indivíduos regulados podem transmitir poder obedecendo às regras e sugestões do regulador, ou contestar o poder desafiando esses preceitos.” (CARPENTER, 2010, p. 33)

A noção de *Gate Keeper* parece diretamente relacionada à ideia *Benign Big Gun*^(AIRES, BRAITHWAITE, p. 1992, p. 19). O termo simboliza metaforicamente a constatação de que uma agência que possui um alto poder de fogo, em termos sancionatórios, acaba tendo mais facilidade em obter resultados cooperativos dos regulados em razão do *compliance* gerado pelo temor causado pelo *Big Stick* (KEOHANE, 1998, p. 314). Parece paradoxal, mas não é. Uma postura cooperativa entre reguladores e regulados não precisa ser baseada em uma ilusão virtuosa de ausência de interesses conflitantes. O medo *prima facie* dos regulados de serem punidos pode gerar *compliance*. Dito de outro modo, não se trata de aplicar efetivamente a sanção. A possibilidade pode traduzir uma ameaça velada que talvez nunca seja implementada pela agência.

A afirmação de que as sanções não precisam ser efetivamente aplicadas para gerar *compliance* parece encontrar fundamento descritivo sociológico em Niklas Luhmann. Ao tratar sobre sanções, o sociólogo já afirmava que a “confiança é baseada em engano” (*Vertrauen beruht auf Täuschung*) (LUHMANN, 2009, p. 38).. Ou seja, a agência pode enganar o regulado quanto a sua real predisposição para aplicação de sanções drásticas. Em outras palavras, enganar seria criar uma espécie de heurística (JOLLS, 1998, p. 1471) para os regulados quando da apresentação ou prestação de projetos. Trata-se de uma tentativa de

automatizar a cooperação de agentes que recebem fomento público, inviabilizando uma precificação da sanção vis a vis um cálculo percentual de probabilidade de sua aplicação.

O artigo será dividido em 3 (três) seções: (i) a primeira dedicada a analisar o conceito de *Benign Big Gun* e confirmar a ineficiência fiscalizatória da ANCINE; (ii) a segunda dedicada a analisar a função *Gate Keeper* e apresentar os dados que sugerem que a ANCINE deve fortalecer ou até implementar efetivamente essa estratégia regulatória; e (iii) a terceira destinada a estabelecer condições para o funcionamento da estratégia de *Gate Keeping* com o objetivo central de sustentar uma transferência institucional do *Big Gun*.

2 BENIGN BIG GUN E A INEFICIÊNCIA FISCALIZATÓRIA DA ANCINE

A ideia de *Benign Big Gun* (AIRES, BRAITHWAITE, p. 1992, p. 19) ⁵ é uma metáfora que sintetiza a constatação de que reguladores serão capazes de adotar uma postura não autoritária quando tiverem poderes reais de aplicar sanções drásticas aos regulados infratores. No entanto, apesar do alto poder de fogo, os reguladores costumeiramente optam por uma hierarquia de sanções menores, em uma escala gradativa. Ou seja, o fato de existir a possibilidade de aplicação de uma sanção forte gera uma conduta cooperativa dos regulados, fato que naturalmente impacta na quantidade e severidade de sanções aplicadas pelo regulador. (AIRES, BRAITHWAITE, p. 1992, p. 19/20)

O racional por trás da ideia pode ser sintetizado com base nas seguintes constatações: (i) uma estratégia baseada totalmente em persuasão e auto-regulação será explorada quando os atores forem motivados pela racionalidade econômica; (ii) uma estratégia baseada principalmente na punição minará a boa vontade dos atores quando eles são motivados por um senso de responsabilidade; (iii) A punição é cara; persuasão é barata. Uma estratégia baseada principalmente na punição desperdiça recursos em processos judiciais que seriam melhor gastos no monitoramento de infrações; e (iv) uma estratégia que objetiva punição de

⁵ Ver o seguinte trecho: Building on this convergence, we argue that regulatory agencies are often best able to secure compliance when they are benign big guns. That is, regulators will be more able to speak softly when they carry big sticks (and crucially, a hierarchy of lesser sanctions). Paradoxically, the bigger and the more various are the sticks, the greater the success regulators will achieve by speaking softly.



forma primordial gera uma cultura de resistência por parte do regulado. (AIRES, BRAITHWAITE, p. 1992, p. 19/20)

Todos os itens acima parecem encontrar ressonância no mercado audiovisual fomentado pela ANCINE. A razão é simples: Uma vez aprovado um projeto audiovisual para fins de utilização de recursos oriundos do FSA, a atividade fiscalizatória da ANCINE se torna praticamente inviável. Mesmo antes da aprovação, a agência encontra dificuldades em identificar vícios originários nos projetos. Fortalece o argumento acima, o fato de que o Tribunal de Contas da União – TCU encontrou irregularidades em diversas prestações de contas de produções audiovisuais subsidiadas pela ANCINE. Trata-se do processo de Tomada de Contas – TC 017.413/2017-6⁶ que originou o Acórdão 721/2019 – TCU – Plenário de Relatoria do Ministro André de Carvalho.⁷

No bojo do referido processo administrativo, o TCU realizou e apreciou auditoria realizada na Ancine, durante o período de 1º a 25/8/2017, com o objetivo de verificar a conformidade da nova metodologia sob o título de Ancine+Simples⁸ empregada para a análise das prestações de contas dos recursos públicos destinados a projetos audiovisuais pelo aporte de incentivos fiscais previstos em lei, como fomento indireto, ou de repasses provenientes da Ancine e do FSA, como fomento direto.

A auditoria identificou uma série de falhas e irregularidades passíveis de ensejar a ressalva e/ou reprovação das prestações de contas dos projetos audiovisuais contemplados pelo FSA. O TCU verificou que as análises da ANCINE não contemplam todas as exigências de verificação estipuladas pela própria agência na Instrução Normativa 125/2015⁹ que regulamenta a elaboração, apresentação, análise, aprovação e acompanhamento da execução

⁶ Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=17413&p2=2017&p3=6> Acesso em 28/07/2020.

⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Tomada de Contas - TC 017.413/2017-6. Acórdão 721/2019 – TCU – Plenário. Relator: Ministro André de Carvalho. Data da sessão: 19/06/2019. Ata 09/2019 – Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1741320176.PROC/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=d4d9a640-5c55-11e9-a849-e1414082e6dc>

⁸ Trata-se de uma metodologia de aprovação automática de contas, ou seja, sem fiscalização. Projetos com alguma evidência maior de irregularidade seriam submetidos a uma prestação “complementar”. Ocorre que foram constatadas diversas irregularidades em projetos com contas aprovadas por essa metodologia.

⁹ Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/pt-br/node/18029> Acesso em: 28/07/2020.

de projetos audiovisuais realizados por meio de ações de fomento indireto e de fomento direto.

A Instrução Normativa 125/2015 estabelece diversas situações ensejadoras de ressalvas ou não aprovação das contas, que segundo o TCU “não chegam a ser tratadas ou mesmo referenciadas nos relatórios e formulários que integram os processos de prestações de contas, em que pese evidenciarem-se ocorrências de impropriedades e irregularidades tipificadas na referida IN”.¹⁰ Nesse sentido, confira-se a síntese da conclusão da referida auditoria:

A metodologia Ancine+Simples, utilizada para a análise de prestação de contas, não se mostra viável, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista técnico. Do ponto de vista jurídico, pode-se dizer que a metodologia não atende ao princípio constitucional da prestação de contas, deixando à margem da desejada accountability a avaliação quanto ao bom e regular uso dos recursos públicos destinados aos projetos audiovisuais. Do ponto de vista técnico, identificam-se irregularidades e falhas que, praticadas reiteradamente, comprometem a qualidade e a confiabilidade da análise realizada pelos diversos setores da entidade. Os diversos achados de auditoria identificados sinalizam a fragilidade da metodologia, como um todo, e permitem responder às questões de auditoria, na maioria das vezes, de forma nada positiva.¹¹

Uma possibilidade de estratégia regulatória para tentar mitigar o problema relacionado às irregularidades encontradas nas prestações de contas é justamente tentar criar incentivos para que as contas sejam prestadas de forma correta. Por mais que se considere que a constatação do TCU é precisa, parece crível assumir que mesmo diante de possíveis propostas de encaminhamento, a ANCINE continua submetida ao risco das chamadas “falhas de governo” (BALDWIN, CAVE, LODGE, 2012, p. 122).¹² O ponto é: Mesmo que a ANCINE melhore sua capacidade de analisar contas, a agência continua dependendo do *compliance* dos

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Tomada de Contas - TC 017.413/2017-6. Acórdão 721/2019 – TCU – Plenário. Relator: Ministro André de Carvalho. Data da sessão: 19/06/2019. Ata 09/2019 – Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1741320176.PROC/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=d4d9a640-5c55-11e9-a849-e1414082e6dc>

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Tomada de Contas - TC 017.413/2017-6. Acórdão 721/2019 – TCU – Plenário. Relator: Ministro André de Carvalho. Data da sessão: 19/06/2019. Ata 09/2019 – Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1741320176.PROC/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=d4d9a640-5c55-11e9-a849-e1414082e6dc>

¹² Ver o seguinte trecho: “The reality, however, may be that the state may fall down on its ongoing obligations just as badly as the private sector. It cannot be assumed, for instance, that, in the above example, the state’s dust extraction systems will be perfectly maintained and effective over time. Public bodies’ failures to renew filters and maintain machinery may be as pronounced as those of private firms.”



regulados fomentados pelo FSA. É aqui que entra a ideia do *Benign Big Gun*. Diante de uma ameaça de sanção velada, os projetos fomentados pensariam 2 (duas) vezes em tentar ludibriar a fiscalização. Ocorre que como o próprio trecho acima evidencia, a ANCINE não estava conseguindo aplicar restrições impostas normativamente pela própria agência na aludida IN 124/2015.

O sucesso de uma iniciativa regulatória baseada na ideia de *Benign Big Gun* depende da disponibilidade de informações sobre um histórico de aplicação de sanções pela ANCINE que só serão relevantes para alterar o comportamento de um agente se forem adequadas para alterar sua percepção em relação ao poder fiscalizatório da agência. Ou seja, a ANCINE precisa aplicar e executar sanções. Dito de forma simples: Hoje o *Big Gun* está com o TCU e apesar da menção aos projetos com contas irregulares, o canhão está apontado para a ANCINE e não para os regulados.

Nesse sentido, a ANCINE deve documentar e permitir o conhecimento de sanções subjetivamente novas após eventuais alterações em seu sistema de análise de contas para alterar o nível de credibilidade que os agentes possuem no poder sancionador da agência, a exemplo de reprovação de contas ou indeferimento de projetos eventualmente aplicados a outros agentes do mercado. Trata-se de criar um sentimento de confiança nas ameaças até então vazias da agência. Se a agência possui um ato normativo (IN 125/2015) que não aplica, há de se convir que o incentivo dos particulares em cumprir o disposto na referida norma é extremamente baixo. “*Afinal, faz uma diferença muito importante se alguém apenas conhece essas informações (histórico de sanções) ou se "acredita" nelas, ou seja, orienta sua compreensão do mundo e de si mesmo e, acima de tudo, de suas ações sociais*” (TIETZEL, 1985, p. 102) com base no referido histórico.

É importante notar que os regulados não vão necessariamente fazer uma análise racional de risco por meio de uma coleta de dados e saturação de variáveis para calcular a probabilidade de uma sanção em caso de eventual transgressão. Aqui entra em cena o que Luhmann chamou de “*Vertrauen als Reduktion von Komplexität*” (LUHMANN, 2009, p.

38)¹³. Como dito na introdução, “a confiança é baseada no engano. Na verdade, não há tanta informação quanto você precisa para poder agir de maneira confiável. O agente deliberadamente ignora as informações ausentes.” (LUHMANN, 2009, p. 12) ¹⁴

O fato de Luhmann tratar de sistemas não impede a utilização de seus argumentos se considerarmos que o mercado audiovisual e/ou os regulados que compõem o auditório da ANCINE estão inseridos em um determinado sistema, próprio ou não. Assim, confira-se como um determinado sistema pode processar informações de forma seletiva e não necessariamente baseada em variáveis e porcentagens:

Isso significa que o sistema interpreta o mundo seletivamente, exagera as informações que recebe, reduz a extrema complexidade do mundo a uma faixa na qual pode ser orientado de maneira significativa e só então ganha oportunidades estruturadas de experiência e comportamento pessoais. (LUHMANN, 2009, p. 39)

15

Assim, ao interpretar seletivamente o poder sancionatório da ANCINE, a confiança ou ou medo do regulado na possibilidade de sofrer sanções graves por parte da ANCINE pode funcionar como uma espécie de heurística (LANGER, 1982, p. 231) em prol da cooperação e do *compliance*.

Em síntese, algumas condições podem ser extraídas do raciocínio acima: (i) as declarações do regulador que chamam a atenção dos regulados devem ser capazes de mudar sua percepção da situação sancionatória (novidade subjetiva). (iii) Os regulados devem acreditar, confiar nas declarações da ANCINE, isto é, devem acreditar que são verdadeiras as sanções e possibilidades de sua aplicação; (iii) Se as sanções não se referem aos resultados do comportamento individual, mas aos resultados do comportamento coletivo, então um número suficientemente grande de regulados também deve acreditar nas afirmações do regulador e

¹³ Tradução livre do seguinte: “Vertrauen beruht auf Täuschung. Eigentlich ist nicht so viel Information gegeben, wie man braucht, um erfolgssicher handeln zu können. Über die fehlende Information setzt der Handelnde sich willentlich hinweg.”

¹⁴ Tradução livre: “Confiança como redução da complexidade”.

¹⁵ Tradução livre: “Das heißt, das System interpretiert die Welt selektiv, überzieht die Information, die es erhält, reduziert die äußerste Komplexität der Welt auf einen Umfang, an dem es sich sinnvoll orientieren kann, und gewinnt dadurch erst strukturierte Möglichkeiten eigenen Erlebens und Verhaltens.”



nas possibilidades de sanção; e (iv) Os regulados mudam seu comportamento de acordo com a credibilidade da situação regulatória alterada. (TIETZEL, 1985, p. 100)

Cabe reafirmar que hoje o *Big Gun* não está nas mãos na ANCINE e sim nas mãos do TCU. Se o revólver trocar de mãos, a ANCINE pode reduzir custos de fiscalização e ampliar a cooperação dos próprios regulados fomentados, agora sob a mira de uma agência com poder de fogo. Aqui é importante destacar que não é “se” e sim “quando”. A interferência do TCU na agência não é algo permanente. Tal fato parece justificar a preocupação do artigo. Na próxima seção, será aprofundada a análise no que se refere à adoção ou fortalecimento pela ANCINE de sua função de *Gate Keeper*.

3 GATE KEEPING E OS DADOS QUE SUGEREM SUA IMPLEMENTAÇÃO OU FORTALECIMENTO

A ideia de *Gate Keeping* aplicada ao contexto da ANCINE parece intuitiva. No papel, nos termos do artigo 5º da Lei nº 11.437, de 28 de dezembro de 2006¹⁶, a ANCINE é o Gate Keeper do FSA. Ocorre que na prática, a ANCINE precisa endurecer as regras de admissão de projetos.

Para confirmar a hipótese, vamos aos números: Desde a sua primeira edição em 2009, o Fundo Setorial Audiovisual – FSA investiu aproximadamente o valor de R\$ 3,1 bilhões nos programas e linhas mencionados. No entanto, até o início de 2018, o FSA recuperou apenas R\$ 41,4 milhões do valor total investido, o que equivale a uma porcentagem de apenas 0,2% do que investiu¹⁷. Tal fato por si só já pode ser considerado como fundamento relevante para rediscussão da eficiência fiscalizatória do referido fundo setorial. A análise da recuperação dos investimentos realizados pelo FSA deve ser dividida pelos diferentes programas para fins

¹⁶ Art. 5º Será constituído o Comitê Gestor dos recursos a que se refere o [art. 2º desta Lei](#), com a finalidade de estabelecer as diretrizes e definir o plano anual de investimentos, acompanhar a implementação das ações e avaliar, anualmente, os resultados alcançados, tendo como secretaria-executiva da categoria de programação específica a que se refere o [art. 1º desta Lei](#) a Ancine e como agente financeiro o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES ou outras instituições financeiras credenciadas pelo Comitê Gestor.

¹⁷ Informações retiradas do Relatório anual de Gestão do Fundo Setorial do Audiovisual, relativo ao exercício de 2017, elaborado pela ANCINE, na qualidade de Secretaria Executiva do FSA, e aprovado pelo Comitê Gestor do FSA, nos termos do art. 12, VI, do Decreto nº 6.299, de 12 de dezembro de 2007, em sua XXª reunião, realizada em XX de maio de 2018. p. 23. Disponível em: <https://fsa.ancine.gov.br/sites/default/files/relatorios-de-gestao/Relatorio%20de%20Gestao%20FSA%202017.pdf>. Acesso em 16/09/2019.

de facilitar a compreensão do complexo setor. Por exemplo, em relação ao PRODAV e PRODECINE, a porcentagem de retorno do investimento é auferida a partir da entrega pelo particular que recebeu recursos dos relatórios de comercialização, cuja periodicidade é semestral, a contar da data da primeira exibição comercial da obra.¹⁸

Durante o ano de 2017, apenas 74 (setenta e quatro) operações apresentaram recuperação financeira no valor total de R\$ 4,9 milhões. O que isso significa é que desde o início dos desembolsos do FSA em 2009 até o final do exercício de 2017 apenas 6 (seis) obras audiovisuais haviam proporcionado *superavit* financeiro sobre o valor investido.¹⁹ Os desembolsos realizados pelo FSA para o Programa Cinema Perto de Você, nos eixos de crédito e investimento (Eixo I) e de digitalização (Eixo II) somaram, desde o início das operações o montante de R\$ 299,7 milhões. A recuperação foi de apenas R\$ 28.154.346.

Além de confirmar a hipótese do artigo, os números acima demonstram que a ANCINE tem dificuldades em 2 (duas) fases distintas: (i) Fase inicial de aprovação de projetos, uma vez que alguns projetos possuem vícios originários, a exemplo de inviabilidade comercial; (ii) Fase de prestação e aprovação de contas, fato já mencionado na seção anterior.

Destaca-se que diante dos resultados financeiros apresentados, o Governo Federal já sinalizou pela possibilidade de retirada da gestão do Fundo Setorial Audiovisual das mãos da

¹⁸ Para contabilizar a recuperação dos investimentos neste artigo, foram consideradas apenas as obras que apresentaram valores recuperados até 31 de dezembro de 2017, metodologia adotada pela própria ANCINE. Na linha: (i) Arranjos Regionais, o FSA desembolsou o valor de R\$ 136.147.526 milhões de reais em um total de 426 projetos e recuperou apenas R\$ 746.785 mil reais em 8 projetos que deram retorno positivo; (ii) Prodav 01, o FSA desembolsou o valor de R\$ 347.275.296 milhões em um total de 359 projetos e recuperou apenas R\$ 12.345.613 milhões em 66 projetos que deram resultado positivo; (iii) Prodecine 01, o FSA investiu um total de R\$ 293.251.439 milhões em 270 projetos e recuperou R\$ 4.525.279 milhões em 46 projetos; (iv) Prodecine 02, o FSA investiu R\$ 310.375.334 milhões em um total de 183 projetos e obteve o retorno de R\$ 23.919.161 milhões referentes a 31 projetos; (v) Prodecine 03, o fundo investiu R\$ 20.471.155 milhões em 103 projetos e recuperou R\$ 352.386 mil reais em 14 projetos; e (vi) Prodecine 04, o FSA desembolsou R\$ 66.862.643 milhões em 88 projetos e recuperou R\$ 377.926 mil reais. Informações retiradas do Relatório anual de Gestão do Fundo Setorial do Audiovisual, relativo ao exercício de 2017, elaborado pela ANCINE, na qualidade de Secretaria Executiva do FSA, e aprovado pelo Comitê Gestor do FSA, nos termos do art. 12, VI, do Decreto nº 6.299, de 12 de dezembro de 2007, em sua XXª reunião, realizada em XX de maio de 2018. p. 23. Disponível em: <https://fsa.ancine.gov.br/sites/default/files/relatorios-de-gestao/Relatorio%20de%20Gestao%20FSA%202017.pdf>. Acesso em 16/09/2019.

¹⁹ Informações retiradas do Relatório anual de Gestão do Fundo Setorial do Audiovisual, relativo ao exercício de 2017, elaborado pela ANCINE, na qualidade de Secretaria Executiva do FSA, e aprovado pelo Comitê Gestor do FSA, nos termos do art. 12, VI, do Decreto nº 6.299, de 12 de dezembro de 2007, em sua XXª reunião, realizada em XX de maio de 2018. p. 25. Disponível em: <https://fsa.ancine.gov.br/sites/default/files/relatorios-de-gestao/Relatorio%20de%20Gestao%20FSA%202017.pdf>. Acesso em 16/09/2019.



ANCINE e, inclusive, pela possível extinção da referida agência reguladora.²⁰ Os valores atribuídos pela União ao Fundo Setorial Audiovisual inclusive sofreram grande redução conforme projeto de Lei Orçamentária Anual, enviado ao Congresso pela Administração Pública Federal.²¹ O referido projeto com o mencionado contingenciamento encontra-se inclusive disponível para consulta pela sociedade civil organizada.²²

No mesmo sentido, existem diversos riscos regulatórios relacionados ao fomento direto perpetrado pelo FSA. Explica-se, existem diferentes linhas de investimentos e repasses dentro do FSA. Algumas linhas são esporádicas, decorrentes de editais, chamadas públicas e outras são de fluxo contínuo. (MARTINS, 2015, p. 247) Tanto as chamadas públicas, quanto a modalidade de fluxo contínuo devem sofrer limitações no tempo. O problema de seleção desmedida e ilimitada temporalmente de particulares aptos ao recebimento do fomento direto pode gerar uma intervenção desmedida em termos temporais ou em termos de intensidade. A ausência de limitação enfraquece a função de *Gate Keeper* da agência.

Outro problema é que FSA pode neutralizar todo o risco do negócio, transformando o setor audiovisual em uma iniciativa privada com riscos socializados. Além disso, o fomento perpetrado pelo FSA ainda possui o risco da introdução de distorções no mercado, à conta de algum falseamento das condições de concorrência, a exemplo da verticalização desnecessária de produtoras, exibidoras e distribuidoras de conteúdo audiovisual, em razão de incentivos destinados à projetos com garantia prévia de comercialização. (SCHUARTZ, 2010, p. 21/22)

José Vicente Santos de Mendonça aponta como um potencial risco, a chamada “Administrativização do Espaço Privado” (MENDONÇA, 2014, p. 391), situação em flagrante confronto com o art. 174 da CF. Podem ser destacados como exemplos de limitação da livre iniciativa, alguns editais culturais com conteúdo ideológico material (SUNSTEIN, 2019, p. 3).

²⁰ Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-07/em-live-bolsonaro-diz-que-pretende-extinguir-a-ancine> Acesso em: 18/09/2019.

²¹ <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/09/em-ofensiva-contr-a-ancine-bolsonaro-corta-43-de-fundo-do-audiovisual.shtml>

²² <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/projetos-de-lei-m/pln-2019>

Um outro ponto importante, diz respeito à fonte de lucro do particular. Em regra, o aporte do FSA, em nenhum caso, poderá ser de tal quantia que, isolada ou conjuntamente com outras subvenções, ajudas, ingressos ou recursos públicos, supere o custo da atividade subvencionada. Até porque o recurso público é limitado. (SCHNELL, 2007, p. 100) Ao se constatar a inviabilidade comercial de um projeto audiovisual, o lucro do particular parece oriundo do próprio fomento. Tal fato ocorre em razão do acúmulo de funções em um mesmo projeto. O produtor do projeto que teoricamente seria remunerado com o resultado financeiro é também o diretor do projeto que possui um cache fixo. Essa remuneração fixa é provisionada nos custos do projeto e quitada com recursos oriundos do FSA.

Nesse ponto do artigo, já existe a possibilidade de se partir de uma premissa básica de que existe uma maioria de projetos audiovisuais que recebem recursos do fundo e não dão qualquer tipo de retorno financeiro. Algumas obras sequer são concluídas. Ainda, obras audiovisuais possuem uma dupla-função, no caso, uma função social informativa e uma função econômica, esta última relacionada à comercialização. (SCHNELL, 2007, p. 53) A função social informativa depende naturalmente da conclusão da obra, o que muitas vezes não ocorre, pois as obras não são finalizadas.

Para solucionar o problema acima, uma proposta para instrumentalização do *Gate Keeping* seria a criação de novos filtros pragmáticos (MENDONÇA, 2014, p. 405), para se evitar o gasto de recursos públicos com projetos que não possuem condição de dar algum retorno, social ou econômico, ao Estado e à sociedade. Alguns exemplos que poderiam ser implementados: a) Análise da situação econômica da empresa pleiteadora do crédito; b) O pedido para que o candidato demonstre a execução de obras ou de projetos; c) Análise de currículo; e d) Indicação mínima de expertise ou penetração no mercado. (MENDONÇA, 2014, p. 406)

O desafio do regulador se consubstancia em alterar o modelo vigente sem perder de vista a finalidade primária de fomento público. Nesse sentido, o regulador deve evitar o chamado "privilegio de propósito secundário ou privilegio de atividade secundária" (VON HIPPEL, 2007, p. 470), desenvolvido no direito relativo à associações e fundações (VON HIPPEL, 2007, p. 471). O FSA, assim como associações e fundações sem fins lucrativos



possui uma finalidade principal, clara e delimitada, no caso, fomentar o setor audiovisual no Brasil. O que o FSA precisa buscar a combinação de sua finalidade de fomento com a domesticação do intuito lucrativo com base em critérios quantitativos, como é feito no caso de associações e fundações. (VON HIPPEL, 2007, p. 470) Ou seja, o lucro deve ser perseguido até para viabilizar a produção de novas obras.

4 CONDIÇÕES FUNCIONAMENTO DA ESTRATÉGIA – TRANSFERÊNCIA INSTITUCIONAL DO BIG GUN

Implementar uma estratégia combinada de *Gate Keeping* e *Benign Big Gun* não é algo trivial ou simples. Um primeiro passo seria uma transferência do poder de fogo fiscalizatório do TCU para a ANCINE. Isso não retrata nenhum tipo de juízo de valor a respeito da interferência do TCU na já mencionada Tomada de Contas - TC nº 040.341/2019-4²³. De fato, o TCU verificou empiricamente uma tremenda falha de fiscalização por parte da agência. A ideia é que após as conclusões dos trabalhos desenvolvidos na etapa de controle externo, o TCU adote uma postura deferente em favor da ANCINE. Tal postura tem o condão de “ampliar a *accountability* das instituições administrativas em favor de quem se defere.” (JORDÃO, 2016, p. 104)

A relação entre deferência e *accountability* já foi tratada no contexto de revisão judicial de decisões administrativas. (JORDÃO, 2016, p. 104)²⁴ Nada impede a adaptação do argumento ao contexto interinstitucional entre o TCU e a ANCINE, apesar de se reconhecer que o TCU não exerce função jurisdicional²⁵(SIMÕES, 2014, p. 30). Trata-se de função administrativa. (MONTEIRO, 2014, p. 23)

²³ Disponível em:

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F7295BABB01729997D2F5571C&inline=1>. Acesso em: 24/07/2020.

²⁴ Cumpre destacar a seguinte passagem: “Neste tópico será discutida uma segunda razão para a adoção do controle judicial deferente sobre decisões de natureza política. Tal orientação judicial tenderia a *ampliar a accountability* das instituições administrativas em favor de quem se defere. Trata-se de argumento menos difundido e também um pouco menos evidente.”

²⁵ Ver o seguinte trecho: “Questão polêmica é a da natureza jurídica das decisões emanadas pelas Cortes de Contas. Consoante será demonstrado, as atribuições das Cortes são, em sua totalidade, administrativas, conclusão obrigatória e abraçada pela doutrina majoritária, ante o sistema de jurisdição una adotado pelo Brasil.”

De todo modo, parece intuitivo que apesar de necessária, a fiscalização do TCU abala a credibilidade da ANCINE, fato que naturalmente enfraquece o posicionamento da agência perante seus regulados. Como sustentar que a ANCINE tem uma postura rígida ao analisar projetos de obras audiovisuais que querem ser aprovados para fins de receber recursos públicos, função que se amolda a ideia de Gate Keeper se a própria agência está com a corda no pescoço? Do mesmo modo, como sustentar que a agência possui um Big Gun se o cenário atual é de terra arrasada?

O cenário descrito acima parece se confirmar pela própria literalidade da Nota Pública de 05/06/2020²⁶ onde a ANCINE afirma que “desde o início da atual gestão, um conjunto de medidas foram implementadas para a regularização da situação orçamentária e financeira do FSA e o restabelecimento da capacidade operacional da Agência.”²⁷ Ou seja, a agência reconhece que chegou a perder sua capacidade operacional, atividade que agora busca reestabelecer. Institucionalmente isso é muito grave e negativo a reputação da agência.

CONCLUSÃO

O objetivo do artigo aqui desenvolvido foi sustentar que uma estratégia regulatória baseada nas ideias de *Gate Keeper* e *Benign Big Gun* parece ser um caminho interessante para a Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

²⁶ Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/pt-br/sala-imprensa/noticias/nota-p-blica-1> . Acesso em 24/06/2020.

²⁷ Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/pt-br/sala-imprensa/noticias/nota-p-blica-1> . Acesso em 24/06/2020.



A hipótese do presente trabalho parece confirmada com base nos dados apresentados e na própria literalidade do processo de Tomada de Contas – TC 017.413/2017-6 que originou o Acórdão 721/2019 de Relatoria do Ministro André de Carvalho.

A credibilidade de que a ANCINE possui um *Big Gun* pode estimular *compliance* dos projetos fomentados em 2 (duas) fases distintas: (i) Quando da inscrição do projeto nos editais e chamadas públicas do FSA, fato que fortalece a função de Gate Keeper que a agência possui no que se refere à entrada de projetos; (ii) Quando da fiscalização e prestação de contas que apesar de necessitar de melhoras, conforme apontado pelo TCU, continua suscetível de falhas de governo, inerentes ao próprio aparato estatal.

A ANCINE precisa fortalecer sua função de *Gate Keeping*. Em um momento inicial, isso pode ser criticado por reduzir os valores disponibilizados ao mercado para fins de produção de obras audiovisuais culturalmente relevantes. De todo modo, parece inevitável e necessário para que a agência consiga retomar o controle dos projetos já existentes. Em uma perspectiva de longo prazo, a agência pode assumir uma imagem de seriedade que pode fortalecer *compliance*, *accountability* e até ampliar a disponibilização de recursos ao setor.

Dito de forma coloquial, os dados apresentados demonstram que “é melhor entregar a mão do que perder o braço inteiro.” Parece que é melhor abrir mão em termos de quantidade de projetos aprovados, para após uma virada qualitativa, aumentar o número novamente em termos quantitativos.

REFERÊNCIAS

AYRES, Ian. Braithwaite, John. *Responsive Regulation*. Oxford, OUP, 1992. p. 19-53.



ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BLACK, Julia. 'Constitutionalising Self-Regulation' (1996) 59 MLR 24.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 setembro. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União – TCU. Tomada de Contas - TC 017.413/2017-6. Acórdão 721/2019 – TCU – Plenário. Relator: Ministro André de Carvalho. Data da sessão: 19/06/2019. Ata 09/2019 – Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1741320176.PROC/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=d4d9a640-5c55-11e9-a849-e1414082e6dc>

_____. Lei nº 11437 de 28 de dezembro de 2006. Altera a destinação de receitas decorrentes da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional - CONDECINE, criada pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, visando ao financiamento de programas e projetos voltados para o desenvolvimento das atividades audiovisuais; altera a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e a Lei nº 8.685, de 20 de julho de 1993, prorrogando e instituindo mecanismos de fomento à atividade audiovisual; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11437.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Decreto nº 6.299 de 12 de dezembro de 2007. Regulamenta os arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º da Lei nº 11.437, de 28 de dezembro de 2006, que destinam recursos para o financiamento de programas e projetos voltados para o



desenvolvimento das atividades audiovisuais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6299.htm. Acesso em: 04 agosto. 2019.

CARPENTER, Daniel P. Reputation and power: organizational image and pharmaceutical regulation at the FDA. Princeton University Press. Princeton, New Jersey. 2010.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; Controle judicial de uma administração pública complexa. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. Malheiros. SBDP. São Paulo. 696p.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; MENDONÇA, José Vicente dos Santos. A lei de liberdade econômica e a 'regulação experimentalista'. Conjuntura Econômica (Rio de Janeiro), v. 73, p. 30-31, 2019.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. "A Behavioural Approach to Law and Economics", 50 Stanford Law Review. p. 1471 a 1475.

KEOHANE, Nathaniel. REVESZ, Richard. STAVINS, Robert. The choice of regulatory instruments in environmental policy. In: Harvard Environmental Law Review, vol. 22, 1998.

LANGER, Ellen J. The illusion of control. In KAHNEMAN, Daniel. SLOVIC Paul. TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. Cambridge University Press. 1982. (25th impression. 2016) p. 231 a 238.

LUHMANN, Niklas. Vertrauen. 4. Auflage. 2009. Lucius&Lucius. Stuttgart. UTB. 140p.

MARTINS, Vinícius Alves Portela. Agência Nacional do Cinema – ANCINE: Comentários à Medida Provisória nº 2.228-1/01, ao Decreto nº 4.121/02 e à Lei nº 12.485/11. São Paulo, Atlas, 2015.



MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do Fomento Público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não paternalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In: Antônio José Maristrello Porto; Patrícia Regina Pinheiro Sampaio; Armando Castelar Pinheiro. (Org.). Direito e Economia: Diálogos. 1ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, v. 1, p. 25-45, 2019.

SCHUARTZ, Luís Fernando e FAGUNDES, Jorge. Defesa da concorrência e a indústria do cinema no Brasil *in* Três Dimensões do Cinema: economia, direitos autorais e tecnologia. Organizadores Ronaldo Lemos, Carlos Affonso Pereira Souza, Marília Maciel. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

SCHNELL, Christiane: Regulierung der Kulturberufe in Deutschland. Strukturen, Akteure, Strategien. Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag. 2007. 261 fls.

SIMÕES, Edson. Tribunal de contas: controle externo das contas públicas. São Paulo. Saraiva. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo Ferreira ; MOREIRA, Egon Bockmann; AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto; BINENBOJM, Gustavo ; CAMARA, Jacintho Arruda; MENDONCA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal. Lei Nacional da Liberdade Econômica. Revista de Direito Público da Economia, v. 66, p. Caderno Especial, 2019.

SUNSTEIN, Cass R. Cinquenta tons de manipulação. Trad. Alexander Leonard Martins Kellner. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/cinquenta-tons-de-manipulacao/>. 15/09/2019. 38 p.



TIETZEL, Manfred. Wirtschaftstheorie und Unwissen: Überlegungen zur Wirtschaftstheorie jenseits von Risiko und Unsicherheit. Tübingen. Mohr Siebeck, 1985.

VON HIPPEL, Thomas. Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Mohr Siebeck, Tübingen. 2007.